

山东大学刑事司法与刑事政策研究中心文丛(3)

商业贿赂 犯罪问题研究

SHANGYE HUOLU
FANZUI WENTIJIANQIU

◎ 秦瑞基 胡常龙 主编



山东大学出版社

山东大学刑事司法与刑事政策研究中心文丛 (3)

商业贿赂犯罪问题研究

主 编 秦瑞基 胡常龙

副主编 刘 远 田孝民

山东大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商业贿赂犯罪问题研究/秦瑞基, 胡常龙主编. —济南: 山东大学出版社, 2007. 5

ISBN 978-7-5607-3353-1

I. 商…

II. ①秦…②胡…

III. 商业—贪污贿赂罪—研究—中国

IV. D924.392.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 049660 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码: 250100)

山东省新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印刷

720×960 毫米 1/16 28.75 印张 528 千字

2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷

定价: 60.00 元

版权所有, 盗印必究

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由山东山大图书有限公司负责调换

前 言

商业贿赂犯罪作为现代法治社会的一大毒瘤，目前我国呈现出多发性、复杂性、隐蔽性、潜规则性等显著特征，它不仅严重地侵蚀着正在建立和完善的社会主义市场经济的肌体健康，影响我国建设小康社会与和谐社会的宏伟目标，而且严重地腐蚀国家公职人员职务行为的廉洁性和规范性，毒化社会风气，污染社会环境，进而可能导致公民对党和国家执政能力执政水平产生怀疑和不信任感，对社会正义失去信心，最终危害到国家的长治久安和社会秩序的稳定，其危害是极为严重的。为此，中共中央和国务院明确将治理商业贿赂作为 2006 年党和政府的重点工作来抓，其中的一项重要内容就是对商业贿赂犯罪的打击和预防。可以说，严厉打击商业贿赂犯罪，有效预防商业贿赂犯罪已经成为治理商业贿赂活动成效的关键考量因素。同时由于商业贿赂犯罪涉及领域的广泛性、犯罪过程本身的复杂性、犯罪行为表现的多样性等因素的影响，在如何合理界定商业贿赂犯罪的内涵和外延，如何把握商业贿赂犯罪罪与非罪的界限，如何认识商业贿赂犯罪在立法和司法中的突出问题，如何规范商业贿赂犯罪的立法和司法，商业贿赂犯罪在证据方面存在哪些特殊性，以及如何运用证据认定商业贿赂犯罪等等问题上，都存在较大理论争议和实务问题。结合司法实践，从理论上深入研究上述问题，探讨预防和打击商业贿赂犯罪的有效对策，无疑成为当前理论界和实务界共同面临的重大课题。

正是基于对商业贿赂犯罪问题的高度理论关注和迫切司法需要，山东大学法学院与山东省青岛市中级人民法院携手合作，于2006年7月15日至16日在山东省青岛市共同举办了“商业贿赂犯罪学术研讨会”。来自中国政法大学、中南财经政法大学、华东政法学院、山东大学法学院、山东政法学院、青岛市社会科学院、青岛大学等高校和科研单位，最高人民检察院检察理论研究所、国家检察官学院、山东省高级人民法院、青岛市各级法院等司法机关，以及《河北法学》、《法学论坛》杂志社和山东德衡律师事务所的专家、学者、法官、律师，共30余人参加了此次学术会议。与会代表重点围绕“惩治商业贿赂犯罪的刑事立法问题”、“惩治商业贿赂犯罪的刑事证据问题”、“惩治商业贿赂犯罪的刑法适用问题”等重大理论问题进行了深入的、富有成果的研讨。通过本次会议研讨，使我们对于商业贿赂犯罪的基本内涵、商业贿赂犯罪的立法缺陷和不足、商业贿赂犯罪的文化背景和法治背景、域外商业贿赂犯罪治理的经验和做法、回扣行为和医生收受红包行为的法律定性以及商业贿赂犯罪的证据等问题有了明确而清晰的理论认识。同时这对于准确把握商业贿赂犯罪的法律精神和刑事政策，依法迅速准确地打击商业贿赂犯罪，通过法律的、制度的、经济的等手段综合预防商业贿赂犯罪必将发挥积极作用。

为了反映这次会议所取得的丰硕研究成果，加强与其他研究和关注我国惩治商业贿赂犯罪理论和实践的人士的交流、切磋，我们决定将会议收到的论文汇集成册，编辑出版。希望这部论文集的出版能够在一定程度上裨益我国的商业贿赂犯罪理论研究，进而推动我国惩治商业贿赂犯罪的司法实践。

山东大学法学院
山东省青岛市中级人民法院
2006年岁末

目 录

商业贿赂犯罪的概念与立法	刘 远 (1)
商业贿赂犯罪概念之解析	秦瑞基 田孝民 (13)
商业贿赂犯罪与证据	樊崇义 (20)
论证据法学视野中的商业贿赂犯罪	胡常龙 (25)
商业贿赂罪之刑法本体界定	柳忠卫 (36)
刑法语境中的商业贿赂概念探析	赵 玮 (42)
刑法中商业贿赂犯罪的界定与完善	杜 娟 (49)
对商业贿赂及其控制对策的文化分析	齐文远 (59)
商业贿赂行为刑事可罚性之法理分析	曲伶俐 杨晓静 (69)
论商业贿赂犯罪的现状、原因与对策	汪 雷 (78)
论商业贿赂犯罪的特征	王 戈 (87)
商业贿赂行为的现状分析与入罪研究	谭 静 (96)
《刑法修正案(六)》与我国商业贿赂犯罪立法	卢勤忠 (105)
商业贿赂犯罪立法比较研究	柳忠卫 汪 雷 (116)
论商业贿赂犯罪的立法比较与优化	鲁晨生 (124)
商业贿赂犯罪立法比较研究	
——兼析《刑法修正案(六)》第7条及第8条	周志东 (132)
商业贿赂的立法比较与反思	
——兼评《刑法修正案(六)》	李振华 (146)
商业贿赂犯罪立法的模式设计	赵 玮 (155)
试论惩治商业贿赂犯罪的必要性及其立法完善	李冬华 黄士元 (168)
商业贿赂罪立法综述	李蓉平 (178)
厘清、争论与补充：我国反商业贿赂立法之反思	肖辉馨 (188)

反商业贿赂刑事立法缺陷探析	盛冬梅 (195)
关于商业贿赂刑事立法的缺陷和完善	李蓓蓓 (203)
商业贿赂刑事立法之完善	范真 (212)
刑法视野下的商业贿赂犯罪之立法完善	彭波 (222)
商业贿赂行为的立法探讨	胡绪庆 (235)
商业贿赂罪客体解读	柳忠卫 (241)
商业贿赂罪客体问题研究	刘庆伟 (247)
贿赂犯罪主体要件的批判与重建	
——以《刑法修正案(六)》第7条为切入点	汪雷 (258)
关于商业贿赂犯罪的几点思考	周娟 田荔枝 (268)
商业贿赂行为的刑法学思考	葛进 (276)
商业贿赂犯罪若干问题研究	范家强 (284)
商业贿赂犯罪的量与质	宋献晖 (292)
商业贿赂犯罪热点问题刍议	侯建霞 (303)
商业贿赂犯罪问题研究	杨娜 (314)
治理商业贿赂：原因分析与背景解读	侯艳芳 (322)
从博弈论看商业贿赂的治理	刘军 (334)
商业贿赂刑法规制中的几个难点问题	亓建文 (341)
刑法视域下商业贿赂的规制问题探讨	邓慧娟 (351)
浅谈商业贿赂的刑事法规制	李璐 (362)
关于《刑法》第164条若干问题的探析	吕春蕾 (374)
论国有医院临床医生收取病患者及亲友红包	
行为的性质	王婧华 陈京春 (384)
论商业贿赂中的回扣行为之刑法控制	张建 蔡桂生 (391)
商业贿赂中回扣行为的刑法认定	黄惠芳 (399)
商业贿赂犯罪新闻报道及其限制	李军海 (408)
论商业贿赂犯罪的判定	王金龙 (419)
规制现状、国际经验与对策思考	
——略论反商业贿赂行为的几个法律问题	
..... 马军卫 董蕾红 翟磊 (428)	
惩治商业贿赂若干问题探讨	刘斌 (437)
潜规则下的尴尬	
——浅析商业贿赂犯罪的侦查问题	王倩 (444)

商业贿赂犯罪的概念与立法

刘 远*

2006年1月6日,中共中央总书记胡锦涛在中央纪委第六次全体会议上的讲话中,将反商业贿赂列为本年度六大要务之一;2月24日,国务院总理温家宝主持召开的第四次全国廉政会议,将“治理商业贿赂”作为本年度政府系统廉政建设和反腐败工作的重点之一;6月29日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案(六)》第7条、第8条对相关刑事立法进行了重要修改补充。^①总之,治理商业贿赂的工作声势浩大,目前开展得如火如荼。但在商业贿赂已成为国内大多数交易领域中的市场潜规则的现实情况下,要最终形成对商业贿赂犯罪的铁壁合围之势,尚有许多基础性工作要做。本文所要探讨的商业贿赂犯罪的概念与立法问题,就是其中之一。限于篇幅,本文只能涉及部分立法问题。

一、商业贿赂犯罪的概念

1993年,《反不正当竞争法》第8条规定了商业贿赂的主要表现,但并未

* 山东大学法学院教授,山东大学刑事司法与刑事政策研究中心主任,法学博士、博士后。

① 《中华人民共和国刑法修正案(六)》第7条规定,将刑法第163条修改为:公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中,利用职务上的便利,违反国家规定,收受各种名义的回扣、手续费,归个人所有的,依照前款的规定处罚。国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前两款行为的,依照本法第385条、第386条的规定定罪处罚。第8条规定,将刑法第164条第1款修改为:为谋取不正当利益,给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物,数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。据此,下文根据叙述的需要或使用“公司、企业人员受贿罪和对公司、企业人员行贿罪”,或使用“非国有单位人员受贿罪和对非国有单位人员行贿罪”。

使用“商业贿赂”一词；1996年，国家工商行政管理总局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》明确将《反不正当竞争法》第8条规定的行为界定为“商业贿赂”。因此，应该说作为经济法概念的商业贿赂的含义是相当明确的，它是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为。然而，由于刑法在立法上根据受贿主体不同而区分了公司、企业人员受贿罪的不同，所以作为一个刑法概念，商业贿赂犯罪的含义一直是个问题。

一种观点认为，商业贿赂犯罪是经营者在账外暗中给付交易对方一定财物或其他利益的行为，因此在外延上只包括刑法第163条规定的公司、企业人员受贿罪和第164条规定的对公司、企业人员行贿罪。实际上，这种“狭义说”在理论界是多数说。^①另一种观点是“广义说”，即认为只要是以贿赂手段得到获取商业利益的机会，不管贿赂主体或对象是谁，都应视其为商业贿赂，所以商业贿赂犯罪所涉罪名包括刑法第163、164条规定的罪名，也包括刑法分则第八章“贪污贿赂罪”中规定的各种贿赂犯罪的罪名。^②这种观点在实务界是多数说。目前各种媒体、党政文件以及刑事诉讼程序中所使用的“商业贿赂”，就是广义的商业贿赂。

笔者认为，作为一个事实描述性概念，广义上的商业贿赂犯罪概念是符合目前实际用法的，然而，如果把商业贿赂犯罪视为一个规范评价性概念，那么应当把商业贿赂犯罪与公职贿赂犯罪相对称，只有如此，才能做到对商业贿赂犯罪的事实判断和价值判断的高度统一与契合，也才能为评价现行刑法关于商业贿赂犯罪的立法提供一个理论依据。因为在我国的国情下，公共权力寻租的问题与社会权力寻租的问题应当被分开评价。

在我国目前的社会转型期，传统的自然经济伦理及建立于其上的专制政治伦理尚未彻底退潮，而现代的市场经济伦理及建立于其上的民主政治伦理尚未真正确立，因此根植于市民社会的商业贿赂与存在于政治国家的公职贿赂之间最为重要和关键的不同，莫过于两者所引起的社会道德情感反应的不同，或者说，莫过于社会报应欲求的不同。由于在农业自然经济基础上形成的“重农抑商”基本经济政策和“重官轻商”基本政治伦理的影响，传统文化心理认为商人是“小人”，“无商不奸”，“商人重利轻别离”，“君子喻于义，小人喻于利”，由于人们对商人没有多高的伦理期待，所以商人之间无论搞什么非法的经济勾

① 参见陈家林《日本刑法中的商业贿赂犯罪及对我国的启示》，载《山东警察学院学报》2006年第3期。

② 参见童德华《完善反商业贿赂犯罪立法之思考》，载《山东警察学院学报》2006年第3期。

当,都不会超出人们的心理预期,也就不会引起多大的伦理反应。对公职人员则不同。中国人有根深蒂固的“清官文化”,人们对清官寄予了很高的价值期望和伦理期待,所谓“当官不为民做主,不如回家卖红薯”便是生动写照,官员的贿赂行为是尤其不能为民众的道德情感所容忍的。所以,民间的“商业贿赂”与官场的“公职贿赂”在中国文化场景中有着完全不同的伦理意味。如今,在市场伦理刚刚开始培育,政治伦理仍然非常传统的当代,作为国民欲求平均值的刑法,应当对这种现实予以充分体察与尊重,并以此为基础对社会伦理文化发展予以适度引导。我国刑法对受贿罪配置以重刑乃至死刑,而对非国有单位人员受贿罪则配置以15年有期徒刑的最高刑,这是符合罪刑法定主义的刑罚适当性原则的。

当然,随着现代市场伦理在我国的普适化和我国民众的刑罚心理的柔化,可以预见,受贿罪的最高刑会降低,而非国有单位人员受贿罪的最高刑不会降低,至少不会比受贿罪最高刑下降得更快。可以期待那么一天,两种犯罪的最高刑持平。当此之时,在立法上分立上述两种罪的必要性就消失了,当可在刑法上设立一个统一的受贿罪。有学者就认为我国刑法区分两类贿赂犯罪的做法损及了刑法保护社会机能的发挥,主张应当取消商业贿赂与公职贿赂犯罪的界限,就行贿和受贿犯罪作统一的规定。^①但我们认为,当前商业贿赂犯罪与公职贿赂犯罪在刑罚配置上应该明显不同,其所立基于的中国民众对商人和官员的不同价值期望和伦理期待需要相当长一段时间才能转型,所以现在取消商业贿赂和公职贿赂之立法分立的时机尚未来到。总之,在经济上尚未形成完备的市场机制,文化上正处于转型期的现实国情下,仍有在立法上区分商业贿赂犯罪与公职贿赂犯罪的必要,这就是本文评价现行立法所必须确立的、作为评价标准的東西。

因此,按照笔者的理解,商业贿赂应该是相对于公职贿赂而言的,应该是指在市场交易过程中发生的以社会权力寻租为本质而与公共权力寻租无直接关系的行贿、受贿等贿赂犯罪。当然,在概念上区分商业贿赂与公职贿赂,虽然是出于罪责刑相适应的需要,是出于立足本国国情的需要,但并不意味着割裂两种贿赂的内在联系。

一方面,商业贿赂营造了公职贿赂所需的社会文化环境。市场经济根植于市民社会,公共权力与政治国家密切联系,而市民社会是政治国家的基础,正如马克思所言:“家庭和市民社会是国家的前提,它们才是真正的活动者。”^②

① 参见童德华《完善反商业贿赂犯罪立法之思考》,载《山东警察学院学报》2006年第3期。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第250页。

“市民社会这一名称标志着直接从生产和交往中发展起来的社会组织，这种社会组织在一切时代都构成国家的基础以及任何其他的观念的上层建筑的基础。”^① 市民社会的文化模式、行为方式必然会影响到政治国家的运行方式。有什么样的社会就有什么样的国家，有什么样的人民就有什么样的政府。在市民社会商业贿赂猖獗的情境之下是无法建立一个廉洁的政府的，因为商业贿赂一旦成为市场的潜规则，就意味着在一切权力——即便只是肇始于作为非公共权力的社会经济组织的私权力活动——运行中，权力寻租文化已经占着支配性地位，起着示范性作用。这种来自于市民社会的、像瘟疫一样的权力文化必然狂飙突进地席卷整个政治国家领域，成为公职贿赂的社会基因。

另一方面，公职贿赂扩展了商业贿赂所在的市场活动范围。虽然市民社会在逻辑上决定着国家，但在现实的发生过程中，国家并不是市民社会的简单反映，而恰恰对市民社会起着非常重要的作用。^② 市场经济的发展加快了社会结构的分化，而在社会结构分化的过程中产生了各类社会组织与经济实体。它们的出现标志着社会权力的兴起，使政府将其掌握的原本就应该属于市民社会的权力交回社会，这导致了社会权力的增强和政府公共权力的萎缩。在此情况下，政府公共权力虽然仍旧介入到经济领域，但是，却退出了微观经济领域，主要从宏观层面进行调控，社会权力则成为微观经济领域的主导型力量，这就是政治权力的社会化。在政治权力社会化的过程中，虽然政治权力最终会与社会权力相分离，形成两元化的权力格局，但是在这个过程中政治权力不可避免地要与社会权力交相作用，这就为政治国家中的公职贿赂蔓延到市场领域从而引起商业贿赂提供了可乘之机，使国家公权力成为市场交易中的权力资本和寻租的对象，从而导致官商勾结，商业贿赂与公职贿赂纠缠的复杂情形。

二、商业贿赂犯罪的立法

基于上述对商业贿赂犯罪概念的理解，下文探讨商业贿赂犯罪立法中的以下问题：

1. 国有公司、企业或其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员，利用职务上的便利受贿的行为，是何性质？应如何进行立法规制？刚刚出台的《刑法修正案（六）》第7条规定，这些人员利用职务上的便利，索取他人财物

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1995年版，第13页。

^② 参见仰海峰《超越市民社会与国家：从政治解放到社会解放——马克思的国家与市民社会理论探析》，载《东岳论丛》2005年第3期。

或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，或者在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照本法第 385 条、第 386 条的规定定罪处罚。这在立法精神上沿袭了刑法第 163 条的规定。刑法第 385、386 条规定的受贿罪主体是国家工作人员，而根据刑法第 93 条的规定，国家工作人员又分为国家机关工作人员和“其他依照法律从事公务”的准国家工作人员。刑法第 163、97 条与《刑法修正案（六）》第 7 条在国有公司、企业或其他国有单位工作人员受贿犯罪的定性问题上表现了一致的立法精神。但是，这一立法精神是值得商榷的。且不说如上文所述的那样，社会对于“准国家工作人员”有着明显不同于对于国家机关工作人员的心理期待和伦理期望，仅说“公务”一词，在上述相关法条之中就有不同意义，应当引起注意并予以分析，即是说，国家机关中从事的“公务”，国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事的“公务”，被委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中的人从事的“公务”，三者是不同的。第一个“公务”是行使公共权力所进行的公共管理事务，在社会共同体中具有普遍意义；第二个“公务”则未必，只有那些垄断性国有公用企业、公益事业单位以及具有准政党性质的人民团体才从事具有公共管理性质的“公务”（公共服务），而其他的竞争性国有公司、企业、事业单位则不从事公共服务，只是进行营利性的社会服务；第三个“公务”只是社会组织内部意义上的“公务”，而对于整个社会来讲完全是“私务”。如此理解，便可知道何种“公务”属于政治国家，何种“公务”属于市民社会了。

综合以上分析，笔者认为，对于从事第一个“公务”的人受贿的理应按照受贿罪论处；对于从事第二个“公务”的人受贿的，可分别处理，即垄断性国有公用企业、公益事业单位以及人民团体中从事公务的人员受贿的，以公职受贿罪论处，而竞争性国有公司、企业、事业单位中从事公务的人员受贿的，以商业受贿罪论处；对于从事第三个“公务”的人受贿的，无论是否是国有单位委派来的，都以商业受贿罪论处。这意味着应当修改现行立法，将受贿罪改为公职受贿罪，将非国有单位人员受贿罪改为商业受贿罪。早就有学者指出，国有企业或其工作人员的商业受贿行为所侵犯的客体并非国家的职能活动，因为随着我国产权制度的改革和现代企业制度的确立，国有企业所有权与经营权的分离，国家只是拥有对国有企业的所有权，而不再直接经营国有企业，而商业受贿本身是滥用经营权的一种表现，是违反市场竞争规则的行为，因此将国有企业或其职员在商品购销中的受贿行为按照公职受贿罪论处是不合适的。^① 笔

① 参见李卫红、王国宏《论商业贿赂犯罪》，载《中外法学》1996 年第 2 期。

商业贿赂犯罪立法完善

者赞同这一价值分析和规范评价。另外,刑法第163条和《刑法修正案(六)》第7条规定的犯罪客观方面行为与刑法第385条规定的公职受贿罪的客观方面行为是不一致的。同样对于“准国家工作人员”,刑法第163条和《刑法修正案(六)》第7条规定其“利用职务上的便利,索取他人财物……为他人谋取利益,数额较大的”才构成受贿罪,而刑法第385条则规定其“利用职务上的便利,索取他人财物的……”就构成受贿罪。这种前后不一、宽严有异的立法,是应当避免的,而避免的最好办法就是像前文所主张的那样,在立法上进一步区分公职受贿罪与商业受贿罪。

附带指出,在立法上区分公职受贿罪与商业受贿罪的需要,必然导致商业贿赂犯罪罪名的体系化分立。从现行刑法规定看,公职贿赂犯罪包括受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪、单位受贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪,而商业贿赂犯罪只有非国有单位人员受贿罪、对非国有单位人员行贿罪,因此应该如上文所建议的那样,在改造商业受贿罪与公职受贿罪的基础上,本着协调、系统的原则在立法上设立商业受贿罪、商业行贿罪、介绍商业贿赂罪、单位商业受贿罪、单位商业行贿罪、对单位商业行贿罪等罪名。有的学者认为,可将这些商业贿赂犯罪纳入刑法分则第八章“贪污贿赂罪”之中。^①笔者认为似乎不可。公职贿赂与贪污犯罪具有罪质上的同质性,都侵犯了公职的廉洁性,所以可放在一个类罪体系之中,而商业贿赂侵犯的不是公职的廉洁性,而是市场竞争秩序,所以也把商业贿赂罪放到“贪污贿赂罪”中似乎不妥,还是应该将其放在现在的刑法位置上。

当然,即使作上述立法修改,商业贿赂犯罪与公职贿赂犯罪之间仍会发生法条竞合。最常见的就是在政府的公共采购中所发生的商业贿赂。当商业过程中的受贿行为是公权力行使的交换条件时,商业贿赂犯罪与公职贿赂犯罪就竞合了,此时行为人应构成公职贿赂犯罪,而不应以商业贿赂犯罪论处。笔者认为,此一个别现象不应成为否定在立法上分立商业贿赂犯罪和公职贿赂犯罪的理由,因为如上文所述,将两类贿赂犯罪尽量分开是可取和可行的。

2. 刑法对商业行贿犯罪社会危害性之评价是否合理?如不合理,应如何改进?作为贿赂的基本层次,行贿与受贿是对合性的,但众所周知,我国刑法在立法上历来重惩受贿而轻惩行贿,而这种规范设计的价值观,仍然是我国传统文化中从严治吏、从宽御民的思想。这种思想甚至导致了《刑法修正案(六)》出台之前非国有事业单位的工作人员的受贿行为被刑法忽略掉。在这种

^① 参见卢勤忠《联合国反腐败公约与我国商业贿赂犯罪的立法完善》,载《“〈联合国反腐败公约〉与中国刑事法治的协调完善”学术研讨会论文集》,贵州大学法学院2006年6月印制,第277页。

传统社会伦理和政治伦理意识的影响下，刑法对公职受贿罪规定的最高刑是死刑，对公职行贿罪规定的最高刑是无期徒刑。在商业贿赂犯罪的立法上，非国有单位人员受贿罪的最高刑是15年有期徒刑，对非国有单位人员行贿罪的最高刑是10年有期徒刑，同样体现了传统文化对待贿赂问题的价值倾向。复旦大学李若山教授认为，在对待商业贿赂问题上，中外法律是有明显不同的。一个重要表现就是，美国《海外反腐败法》对行贿者的惩罚极为严厉，公司一旦卷入贿赂丑闻，面临的将不仅是法律上的责任、公司商誉的损害以及巨额罚款，还有大大提高的运营成本；相比之下，国内对行贿者的惩罚轻了许多。^①虽然此论主要针对行政处罚而言，但可以逻辑地延伸至刑事处罚问题上。如果说这一观念在传统社会是合理的话，那么在现代社会或现代化转型社会来说就未必合理。

首先，从逻辑上说，行贿行为发生在先，受贿行为发生在后；而在事实上，大部分受贿犯罪都是由行贿行为引起的。所以，《联合国反腐败公约》特别强调对行贿的惩治。公约第15条的“贿赂本国公职人员”罪、第16条的“贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员”罪、第18条的“影响力交易”罪、第21条的“私营部门内的贿赂”罪，均是在规制贿赂犯罪时，先规定行贿行为，再规定受贿行为。笔者认为，这不仅仅是一个规定顺序问题，而是体现了公约对待行贿的价值取向。正如我国刑法和大陆法系法典化国家的刑法，一般都是将较严重的犯罪规定在前，较轻微的犯罪规定在后，比如我国刑法就是先规定受贿犯罪后规定行贿犯罪，以此显示受贿重于行贿的。但事实上对于大部分贿赂犯罪来说，行贿者是始作俑者。“在激烈的市场竞争和强烈的利益驱动下，一些（业已强大的）市场主体为获得垄断利益，不惜作出‘必要的牺牲’，大肆向公职人员行贿，腐蚀公职人员、挤垮中小竞争者、破坏公平竞争秩序，因此，在《公约》规定的贿赂犯罪中，并未体现出（类似于我国刑法主要针对受贿行为的）重点打击侧面。某种程度上讲，对行贿的打击力度不亚于对受贿的打击力度。”^②因此大致而言，加强控制行贿犯罪，从刑事预防机制来说，就是从源头上控制犯罪。

其次，现代社会的公民是自治的人，是理性觉醒的人，是能够自我管理和自我约束的人，他们享有前现代的社会成员所没有的广阔的自由空间，但同时

^① 参见《商业贿赂成全球性经济现象》，载 <http://www.quanso.net/siteadmin/Article/zx/sytb/jrtt/200508/22463.html>。

^② 参见张天虹《以〈联合国反腐败公约〉为指导，完善我国商业贿赂刑事立法》，载《“〈联合国反腐败公约〉与中国刑事法治的协调完善”学术研讨会论文集》，贵州大学法学院2006年6月印制，第293～294页。

也承担着过去的人所没有的广泛的社会责任。林语堂先生早在 1930 年就这样描绘国人：“他们只关心自己的家庭而不关心社会，而这种家庭意识又不过是较大范围内的自私自利。很奇怪，‘社会’一词所代表的观念在中国人的思想中并不存在。”“家庭与朋友一起组成了一座有围墙的城堡。城内是最大限度的共产主义大协作，相互帮助；对城外的世界则采取一种冷漠无情，一致对抗的态度。结果正如人们所见到的那样，家庭成了有围墙的城堡，城墙之外的任何东西都可以是合法的掠夺物。”现在这种影响还很强大，因不符合“社会责任国际标准”而在国际贸易中痛失订单的中国企业逐年增多，这些标准包括在童工、强迫劳动、健康及安全、集体谈判权、歧视、工作时间、报酬、惩罚性措施、管理措施等方面的要求。^① 社会文化由于贿赂盛行而腐化，行贿者不仅在客观上起了很坏的原因作用，而且在主观上，较之以往任何一个时代都具有更大的可非难性、可谴责性。这种更大的可非难性、可谴责性不仅是正当的，而且是有效的。

总之,在侵蚀市场机制、破坏竞争秩序,腐蚀人权意识、导向社会异化,污染政治生活、滋生政治腐败上^②,商业行贿犯罪与商业受贿犯罪是具有同等原因力,因而应负同等责任。很多国家基于这种认识,在刑法上将行贿受贿予以同罚,甚至有的国家将行贿称为“积极腐败”而将受贿称为“消极腐败”。^③因此,笔者建议提高对非国有单位人员行贿罪的法定最高刑,即提高到与非国有单位人员受贿罪持平,亦即 15 年有期徒刑。鉴于公职受贿罪的最高刑是死刑,而非致命性犯罪的死刑应尽快废除已成学界共识,并得到实务界有识之士的呼应,所以公职行贿罪的法定最高刑可保持在无期徒刑,以待公职受贿罪的最高刑降低至无期徒刑。

3. 刑法对商业贿赂犯罪的构成要件的规定是否合理? 如不合理, 应如何改进? 2000 年 11 月 15 日第 55 届联大通过的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》, 是全球第一个将贿赂犯罪确定为国际犯罪并已生效的国际公约^④; 在此基础上, 2003 年 10 月 31 日第 58 届联大通过的《联合国反腐败公约》, 将贿

① 参见许博渊《中国人的“家国观念”要改一改》，载 http://news.xinhuanet.com/comments/2006-05/23/content_4587723.htm。

② 参见刘远、赵玮《商业贿赂的社会危害及刑事对策》，载《山东警察学院学报》2006年第3期。

③ 参见卢建平《贿赂犯罪十问》，载《人民检察》2005年第7期（上）。

④ 参见陈雷《国际公约的贿赂犯罪与我国刑法贿赂犯罪的比较研究》，见2006年6月“中国经济犯罪基本理论问题”研讨会论文。

贿赂犯罪作为主要规制对象^①，全面系统地规定了贿赂犯罪的定罪和执法规则，该公约已于2005年12月14日在全球生效。2005年10月27日，全国人大常委会批准了公约（同时声明我国不受公约第66条第2款的约束），由此根据“条约必须遵守”的国际法原则，我国负有履行公约的法律义务。然而，比较我国刑法与公约关于商业贿赂犯罪的构成要件的立法规定，可以明显发现我国立法的不完善。

其一，刑法关于商业贿赂犯罪的危害行为的规定不够合理。

（1）从《公约》第15、16、18、21条的规定来看，任何受贿犯罪的成立都不需要“为他人（请托人）谋取利益”、“为他人谋取不正当利益”之类的客观要件。2003年最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》从实务的角度厘定了理论上关于刑法规定的被动受贿成立所必要之“为他人谋取利益”是主观要件还是客观要件的争论，指出：“为他人谋取利益”包括承诺、实施和实现三个阶段的行为，只要具有一个阶段的行为即是为他人谋取利益；国家工作人员收受他人财物时，根据他人提出的具体请托事项，承诺为他人谋取利益的，就具备了为他人谋取利益的要件；明知他人有具体请托事项而收受财物的，视为承诺为他人谋取利益。在这里，“为他人谋取利益”被最高人民法院明确解释为受贿罪的客观要件。《刑法修正案（六）》第7条仍然保留着“为他人谋取利益”这一客观要件。^②“相比较而言，我国现行刑法似乎更注重打击权与利的交易行为，将利益的谋取（获取）作为打击的对象，但是，受贿犯罪的本质在于职权的不当运用，至于是否给行贿人或者其他他人谋取利益，则是不当运用的程度问题。因此，将‘为他人谋取利益’甚至‘为他人谋

① 《公约》在第三章“定罪和执法”中规定了11项犯罪，即“贿赂本国公职人员”、“贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员”、“公职人员贪污、挪用或者以其他类似方式侵犯财产”、“影响力交易”、“滥用职权”、“资产非法增加”、“私营部门内的贿赂”、“私营部门内的侵占财产”、“对犯罪所得的洗钱行为”、“窝赃”、“妨害司法”。可以看出，其中有4项犯罪属于贿赂犯罪。

② 如果考虑到各种受贿犯罪构成要件立法上的不协调、不统一，问题就更为突出。其一，同为索贿，有的罪名要求具备“为他人谋取利益”的要件，有的则不要求。前者如《刑法》第387、163、184条的规定，后者如第385条的规定。其二，如前文所述，同为由索贿而成立的受贿罪，适用第385条不要求具备“为他人谋取利益”要件，适用第163条第3款则要求具备该要件。其三，第163条第3款规定构成受贿罪的行为，既要求具备“为他人谋取利益”要件，又要求具备“数额较大”要件，而第385条规定的受贿罪，一方面索贿不要求具备“为他人谋取利益”要件，另一方面无论索贿、受贿都不要求具备“数额较大”要件。其四，同样是受贿犯罪，第387条的规定要求是“情节严重”，第385条和第163条第3款的规定则不要求。其五，同样是构成受贿罪，第388条规定的斡旋受贿行为须具备“为他人谋取不正当利益”要件才构成，而第385条和第163条第3款则不要求。参见宣炳昭、卢山《论商业贿赂犯罪的立法完善——兼论与〈联合国反腐败公约〉相协调》，载《〈联合国反腐败公约〉与中国刑事法治的协调完善》学术研讨会论文集，贵州大学法学院2006年6月印制，第286页。

取不正当利益’作为受贿犯罪的构成要件,似乎不利于严密刑事法网和有效打击受贿犯罪,当然也无法与《公约》接轨。”^①“这样的立法体例固然突出了贿赂犯罪权钱交易的特征,但同时也给司法工作带来了很多问题,如必须证明有无为他人谋取利益的行为,所谋取的利益是否正当等等,如此影响了司法的效率,也影响了司法本身的公正性。”^②

(2) 行贿犯罪的行为要件也需修改。联合国反腐败公约关于各种行贿犯罪的规定,都将行贿行为规定为“许诺给予、提议给予或者实际给予”这三个层次,只要实施许诺给予或提议给予不正当好处的行为就构成犯罪,而我国刑法对各种行贿犯罪规定的行为都是“给予”,事实上这一用语无法涵盖许诺给予或提议给予的行为,所以一般是不追究刑事责任的。公约中的“许诺给予”、“提议给予”、“实际给予”,实际上相当于德国、日本、奥地利、意大利等国刑法典规定的行求、期约、交付。所谓行求,是指行为人表示愿意交付贿赂,已换取对方实施一定职务上的行为或违背职务的行为。行求只需要有行为人交付贿赂的意思表示即可成立,不以对方接受其意思表示为必要。行求的意思表示可以是明示,也可以是暗示;可以是行为人直接向对方提出,也可以是行为人通过第三人间接地向对方提出。所谓期约,是指双方就交付贿赂形成约定。这种约定是行为人主动提出,还是由受贿人主动提出,对于犯罪成立并无影响,如果由受贿人提出则构成索贿。期约为双方当事人就交付贿赂达成协议为已足。所谓交付,是指行为人将贿赂给予受贿人,既可以是行为人本人直接将贿赂给予,也可以是行为人通过第三人间接地将贿赂给予。^③这种立法较之我国刑法是更为明确的。联合国反腐败公约第27条第2款、第3款要求缔约国“均可以”采取必要的立法和其他措施,根据本国法律将为实施根据本公约确立的犯罪进行预备的行为以及任何未遂、中止的行为规定为犯罪。在修改立法之前,当然可以通过法律解释将“给予”解释为包括许诺给予或提议给予,但这只能说是权宜之计,因为这一做法有违罪刑法定主义所要求的明确性原则。所以,还是需要尽快通过立法对上述规定进行扩展。

其二,行贿犯罪不应当规定“为谋取不正当利益”的主观要件。何谓“不正当利益”?1999年3月4日“两高”《关于办理受贿犯罪大要案的同时要严

① 宣炳昭、卢山:《论商业贿赂犯罪的立法完善——兼论与〈联合国反腐败公约〉相协调》,载《“〈联合国反腐败公约〉与中国刑事法治的协调完善”学术研讨会论文集》,贵州大学法学院2006年6月印制,第286页。

② 卢建平:《贿赂犯罪十问》,载《人民检察》2005年第7期(上)。

③ 参见杨宇冠、吴高庆主编《〈联合国反腐败公约〉解读》,中国人民公安大学出版社2004年版,第173页以下。